

ROYAUME DE BELGIQUE.KONINKRIJK BELGIE.AVIS DU CONSEIL D'ETAT.ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, neuvième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice, le 14 février 1985, d'une demande d'avis sur un projet de loi "modifiant diverses dispositions légales relatives au divorce par consentement mutuel", a donné le 8 mai 1985 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, negende kamer, de 14e februari 1985 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van verscheidene wettelijke bepalingen betreffende de echtscheiding door onderlinge toestemming", heeft de 8e mei 1985 het volgend advies gegeven :

OBJET DU PROJET.

Les quatre articles du projet, qui complètent ou modifient diverses dispositions du Code judiciaire relatives au divorce par consentement mutuel, ont un triple objet :

- 1° permettre aux époux de modifier durant l'instance en divorce, par consentement mutuel, le contenu de leurs conventions préalables;
- 2° confier au président du tribunal ou au juge qui en exerce les fonctions, devant lequel a lieu la première comparution de la procédure (Code judiciaire, articles 1289 et 1290), le pouvoir de faire des observations relatives à certaines dispositions des conventions préalables;
- 3° ouvrir la voie du divorce par consentement mutuel à des époux qui n'ont pas réussi à régler dans leurs conventions préalables tous les points visés par les articles 1287 et 1288 du Code judiciaire.

+

+ +

I. La modification par l'accord des parties des conventions préalables.

Des trois objectifs du projet de loi, le premier est le seul qui soit en totale harmonie avec le caractère consensuel du divorce par consentement mutuel. Sa mise en oeuvre ne soulève aucune difficulté de principe. Toutefois le projet de loi appelle l'observation suivante :

Selon les textes soumis au Conseil d'Etat, la faculté de modifier contractuellement les conventions préalables ne résulte qu'indirectement de deux règles de procédure prévues dans les articles 3 et 4 du projet. Sans que les modifications qu'il est proposé d'apporter aux articles 1293 et 1294 soient superflues, il faut en outre qu'une disposition substantielle prévoie le droit de modifier les conventions initiales ou de faire des conventions "modifiant" la décision judiciaire prononcée en vertu de l'article 1292bis en projet, soit avant la deuxième comparution soit même jusqu'au jour de la dernière comparution, l'exposé des motifs n'étant pas explicite sur ce dernier point. Cette disposition pourrait trouver place dans un article 1288bis.

II. Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les conventions préalables.

La nature exacte de la fonction confiée au juge "en présence du ministère public" ne se laisse pas très clairement dégager des textes qu'il est proposé d'ajouter à l'article 1291 du Code judiciaire.

L'intention du Gouvernement ne paraît être ni de permettre au tribunal de modifier par voie d'autorité une disposition qui préserve insuffisamment les intérêts des enfants (communs) ou de l'un des époux, ni de refuser le divorce pour ce motif. Le juge pourra seulement faire des "observations utiles en vue (de) provoquer la modification" des conventions. La procédure prétorienne décrite par M. le procureur du Roi Poelman est mieux en harmonie avec la fonction du ministère public qu'avec celle du tribunal (1). Les chambres

.../...

(1) J.T., 1982, p. 369 et ss.

législatives apprécieront si en conférant une simple compétence "de conseil" au juge saisi d'une procédure au terme de laquelle il prend une décision, le texte en projet ne fait pas subir à la fonction judiciaire une déformation trop profonde pour être acceptable. Plus radicale, la solution de l'article 232 du Code civil français, citée dans l'article de M. Poelman (1), est aussi plus conforme à la fonction constitutionnelle et légale du pouvoir judiciaire.

Le texte en projet ne précise pas quelle sera, face au pouvoir de faire des observations attribué au juge, la compétence du ministère public dont "la présence" est prévue par l'alinéa 2.

Il faut encore noter qu'en limitant le pouvoir d'observation du juge aux enfants communs (alinéa 1er) ou aux enfants nés du mariage (alinéa 2), le texte en projet a une portée trop restreinte eu égard aux dispositions des articles 1288, 2°, et 1254 du Code judiciaire.

III. L'extension de la procédure du divorce par consentement mutuel aux époux n'ayant pas arrêté tout ou partie des conventions préalables.

C'est évidemment l'article 2 du projet de loi qui, par l'insertion d'un article 1292bis dans le Code judiciaire, introduit l'élément le plus perturbateur de l'économie du divorce par consentement mutuel. Même si le texte de la disposition en projet n'est pas parfaitement clair

.../...

(1) J.T., p. 373.

sur ce point, l'intention du Gouvernement paraît bien être de donner un caractère contentieux à la "décision" prise par le juge. En effet, aux termes de l'exposé des motifs, "l'ordonnance rendue par le président, qui statuera comme il est dit à l'article 1280, aura le même effet que celle rendue dans le cadre de la procédure en divorce pour cause déterminée".

Il n'y a sans doute pas d'objection de principe à introduire dans le mécanisme essentiellement consensuel du divorce par consentement mutuel, une phase contentieuse portant sur tout ou partie des points que les époux n'ont pu régler de commun accord. Encore faut-il clairement poser les implications et les conséquences de ce système.

- a) Faut-il déduire de la référence à l'article 1280 du Code judiciaire que le règlement des points litigieux est confié au président du tribunal siégeant en référé ? Dans l'affirmative, et ce à titre exceptionnel, le président siégeant en référé ne prendrait pas une mesure urgente et, pour une part au moins, il ne statuerait pas au provisoire. Les voies de recours pourront-elles s'exercer selon le droit commun et ne risquent-elles pas de prolonger la procédure en référé au-delà du terme de la procédure au fond ?

A la différence du référé de la procédure pour cause déterminée, le président ne statuerait pas au provisoire, mais, pour une part, au moins, il devrait nécessairement se prononcer sur les droits respectifs des époux après l'admission du divorce, ce qui ne saurait avoir lieu que durant la procédure au fond. En effet, la décision des époux de consentir au divorce lors de la dernière comparution pourra être subordonnée à la manière dont auront été réglés leurs intérêts respectifs.

- b) La requête conjointe introduite par les époux ne devrait-elle pas inclure (comme l'acte de mission d'un arbitre) l'indication non seulement des points litigieux mais aussi des positions respectives des parties, de manière à nouer le débat judiciaire et à fixer les limites dans lesquelles le juge devra statuer ? Ou bien faut-il prévoir que les parties feront connaître leurs positions respectives par acte de conclusions ?
- c) La décision prise est immédiatement exécutoire si elle porte sur les droits et devoirs respectifs des époux durant la procédure en divorce par consentement mutuel. En revanche, pour ce qui concerne les droits patrimoniaux des époux -généralement réglés sous condition suspensive de la transcription du divorce- et la nature de la pension alimentaire après le divorce, quelle sera l'incidence de la décision ? On sait en effet que la pension alimentaire du divorce par consentement mutuel a un caractère contractuel et n'a pas les mêmes effets juridiques que la pension accordée en vertu de l'article 301 du Code civil.
- d) Il faut encore s'interroger sur la portée de la dernière phrase de l'exposé des motifs : "Ces mesures, établies sur base d'une procédure analogue à celle suivie dans le cas d'un divorce pour cause déterminée, pourront être de même modifiées, après la transcription du divorce, conformément à la procédure de droit commun". Bien que l'intention ainsi exprimée n'apparaisse pas dans le texte du projet, le Conseil d'Etat croit devoir attirer l'attention du Gouvernement sur le bouleversement du régime du divorce par consentement mutuel qui résulterait de la possibilité de modifier, après la transcription du divorce, les décisions relatives aux intérêts respectifs des époux.

Eu égard aux remaniements profonds que le projet devrait recevoir, le Conseil d'Etat n'estime pas être en mesure de faire des propositions de texte.

STREKKING VAN HET ONTWERP.

De vier artikelen van het ontwerp, die verscheidene bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding door onderlinge toestemming aanvullen of wijzigen, hebben een drievoudige strekking :

- 1° de echtgenoten toestaan de inhoud van hun voorafgaande overeenkomsten gedurende het geding tot echtscheiding door onderlinge toestemming te wijzigen;
- 2° aan de voorzitter van de rechtbank of aan de rechter die het ambt van voorzitter waarneemt, vóór wie de eerste verschijning in het kader van het geding plaatsheeft (Gerechtelijk Wetboek, artikelen 1289 en 1290), de bevoegdheid verlenen om opmerkingen te maken over sommige bepalingen van de voorafgaande overeenkomsten;
- 3° de echtscheiding door onderlinge toestemming mogelijk maken voor echtgenoten die er niet in geslaagd zijn in hun voorafgaande overeenkomsten een regeling te treffen voor alle punten bedoeld in de artikelen 1287 en 1288 van het Gerechtelijk Wetboek.

+

+

+

I. De wijziging van de voorafgaande overeenkomsten in onderlinge overeenstemming tussen de partijen.

Van de drie oogmerken van het wetsontwerp, is alleen het eerste geheel in overeenstemming met de op consensus berustende aard van de echtscheiding door onderlinge toestemming. De verwezenlijking ervan doet geen enkele principiële moeilijkheid rijzen. Bij het wetsontwerp is evenwel het volgende op te merken :

Blijkens de aan de Raad van State voorgelegde teksten volgt de mogelijkheid om de voorafgaande overeenkomsten contractueel te wijzigen slechts indirect uit twee procedureregels die bepaald zijn in de artikelen 3 en 4 van het ontwerp. De wijzigingen welke het ontwerp wil aanbrengen in de artikelen 1293 en 1294 zijn weliswaar niet overbodig, maar het is ook nodig dat een bepaling uitdrukkelijk voorziet in het recht om de oorspronkelijke overeenkomsten te wijzigen of om overeenkomsten te sluiten "tot wijziging" van de krachtens het ontworpen artikel 1292bis uitgesproken rechterlijke beslissing, en zulks ofwel vóór de tweede verschijning ofwel zelfs tot op de dag van de laatste verschijning, want wat dit laatste punt betreft is de memorie van toelichting niet erg duidelijk. Die bepaling zou opgenomen kunnen worden in een artikel 1288bis.

II. Het toezicht van de rechterlijke overheid op de voorafgaande overeenkomsten.

Uit de teksten welke het ontwerp bedoelt toe te voegen aan artikel 1291 van het Gerechtelijk Wetboek treedt niet zeer duidelijk naar voren welke de juiste aard is van de taak die de rechter te vervullen zal hebben "in tegenwoordigheid van het openbaar ministerie".

Blijkbaar ligt het niet in de bedoeling van de Regering de rechtbank toe te staan een beding dat de belangen van de (gemeenschappelijke) kinderen of van een van de echtgenoten onvoldoende vrijwaart, gezagshalve te wijzigen, en evenmin de echtscheiding om die reden te weigeren. De rechter zal alleen "de opmerkingen (kunnen maken) die dienstig zijn om de wijziging (van de overeenkomsten) aan te vragen". De door procureur des Konings Poelman beschreven pretoriaanse rechtspleging harmonieert

beter met de taak van het openbaar ministerie dan met die van de rechtbank (1). De wetgevende kamers zullen hebben uit te maken of de ontworpen tekst, doordat hij alleen maar een bevoegdheid van "raadsman" verleent aan de rechter bij wie een geding aanhangig is dat hij ook zal beslechten, de taak van de rechter niet te fel vertekent om nog aanvaardbaar te zijn. De oplossing die aangenomen is in artikel 232 van de Franse Code civil en die in het artikel van de heer Poelman wordt aangehaald (2), is radicaler en is ook meer in overeenstemming met de grondwettelijke en wettelijke opdracht van de rechterlijke macht.

De ontworpen tekst preciseert niet welke de bevoegdheid zal zijn van het openbaar ministerie, waarvan de "tegenwoordigheid" voorgeschreven wordt bij het tweede lid, tegenover de aan de rechter toegekende bevoegdheid om opmerkingen te maken.

Ook dient te worden opgemerkt dat de ontworpen tekst, doordat hij de bevoegdheid van de rechter om opmerkingen te maken beperkt tot de gemeenschappelijke kinderen (eerste lid) of tot de kinderen uit het huwelijk (tweede lid), een te beperkte strekking heeft, gelet op de bepalingen van de artikelen 1288, 2°, en 1254 van het Gerechtelijk Wetboek.

III. De uitbreiding van de procedure van de echtscheiding door onderlinge toestemming tot de echtgenoten die de voorafgaande overeenkomsten niet geheel of ten dele hebben vastgesteld.

Het is duidelijk artikel 2 van het wetsontwerp dat, door de invoeging van een artikel 1292bis in het Ge-

(1) J.T., 1982, blz. 369 e.v.

(2) Ibid., blz. 373.

rechtelijk Wetboek, het bestel van de echtscheiding door onderlinge toestemming het meest komt verstoren. Al is de tekst van de ontworpen bepaling in dat opzicht niet volkomen duidelijk, het lijkt wel degelijk in de bedoeling van de Regering te liggen om aan de door de rechter genomen "beslissing" een contentieus karakter te verlenen. De memorie van toelichting luidt immers als volgt : "De beschikking gegeven door de voorzitter, die zal uitspraak doen zoals in artikel 1280 omschreven is, zal hetzelfde effect hebben dan tegen (lees : deze) gegeven in het kader van de procedure in echtscheiding op grond van bepaalde feiten".

Er is stellig geen principieel bezwaar dat in het voornamelijk op consensus berustende mechanisme van de echtscheiding door onderlinge toestemming, een geschil-fase wordt opgenomen met betrekking tot alle of tot sommige punten waarover de echtgenoten het niet eens zijn kunnen worden. Maar dan moeten de implicaties en de gevolgen van die regeling wel duidelijk aangegeven worden.

- a) Dient men uit de verwijzing naar artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek af te leiden dat de regeling van de betwiste punten toevertrouwd wordt aan de voorzitter van de rechtbank die zitting houdt in kort geding ? Zo ja, dan zou de voorzitter die zitting houdt in kort geding uitzonderlijk geen dringende maatregel nemen en zou hij, althans voor een deel, niet bij voorraad uitspraak doen. Zullen de rechtsmiddelen aangewend kunnen worden volgens het gemene recht en is er dan geen gevaar dat de rechtspleging in kort geding langer gaat duren dan de rechtspleging ten gronde ?

In tegenstelling met wat geschiedt in het kort geding bij de rechtspleging inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten, zou de voorzitter niet bij voorraad uitspraak doen, maar zou hij zich noodzakelijkerwijs, althans voor een deel, moeten uitspreken over de wederzijdse rechten van de echtgenoten na het toestaan van de echtscheiding, en dat kan alleen tijdens de rechtspleging ten gronde. De beslissing van de echtgenoten om in de echtscheiding toe te stemmen bij de laatste verschijning zal immers afhankelijk kunnen worden gemaakt van de wijze waarop hun wederzijdse belangen geregeld zullen zijn.

- b) Zou het niet zo moeten zijn dat het door de echtgenoten ingediende gezamenlijk verzoekschrift (zoals de akte betreffende de opdracht van een scheidsrechter) niet alleen de betwiste punten maar ook de respectieve standpunten van de partijen aangeeft, om het gerechtelijk debat op gang te brengen en de grenzen vast te stellen waarbinnen de rechter uitspraak zal moeten doen ? Of dient te worden bepaald dat de partijen hun respectieve standpunten zullen mededelen bij conclusies ?
- c) De genomen beslissing is onmiddellijk uitvoerbaar indien zij betrekking heeft op de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten gedurende de rechtspleging inzake echtscheiding door onderlinge toestemming. Welke zal daarentegen de uitwerking van de beslissing zijn wat betreft de vermogensrechten van de echtgenoten - die over het algemeen geregeld worden onder de opschortende voorwaarde van de overschrijving van de echtscheiding - en wat betreft de aard van de uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding ? Het is immers bekend dat de uitkering tot levensonderhoud bij de echtscheiding door onderlinge

toestemming van contractuele aard is en niet dezelfde rechtsgevolgen heeft als de uitkering die toegekend wordt krachtens artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek.

- d) Men dient zich ook af te vragen wat de strekking is van de laatste volzin van de memorie van toelichting : "Deze maatregelen, ingevoerd op basis van een procedure die vergelijkbaar is met die gevolgd in het geval van een echtscheiding op grond van bepaalde feiten, zullen eveneens kunnen gewijzigd worden na de inschrijving (lees : overschrijving) van de echtscheiding, overeenkomstig de procedure van gemeen recht". Hoewel van de aldus te kennen gegeven bedoeling in de tekst zelf van het ontwerp niets te zien is, meent de Raad van State de aandacht van de Regering te moeten vestigen op de ingrijpende verandering die het stelsel van de echtscheiding door onderlinge toestemming zou ondergaan als de mogelijkheid bestond om, na de overschrijving van de echtscheiding, de beslissingen betreffende de wederzijdse belangen van de echtgenoten te wijzigen.

+

+

+

Daar het ontwerp op menig punt aan grondige herziening toe is, acht de Raad van State zich niet bij machte om tekstvoorstellen te doen.

La chambre était composée de

Messieurs : H. ROUSSEAU,
de Heren :

Ch. HUBERLANT,
J.-J. STRYCKMANS,

F. RIGAUX,
J. DE GAVRE,

Madame : R. DEROY,
Mevrouw :

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

Le rapport a été présenté par M. M. HANOTIAU, auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

R. DEROY.

De kamer was samengesteld uit

président de chambre,
kamervoorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseurs de la section de
législation,
assessoren van de afdeling
wetgeving,

greffier,
griffier.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J.-J. STRYCKMANS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. HANOTIAU, auditeur.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

H. ROUSSEAU.